

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – PERSPECTIVA DE UNIFORMIZAÇÃO NO STJ QUANDO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

THEORY OF LOSS OF A CHANCE - UNIFORMITY PERSPECTIVE IN THE STJ WHEN OF THE JUDICIAL PROVISION

Mariana Rezende Ramos¹

Eumar Evangelista de Menezes Júnior²

Resumo: O escrito científico se propõe investigar a Teoria da Perda de uma Chance, fenômeno jurídico presente na prestação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Transcendendo às decisões de tribunais europeus chega-se à aparição da chance perdida como ato gerador de um *quantum* indenizatório de quarta classe, um produto jurisprudencial do STJ. Investigando o objeto no campo processual civil brasileiro o presente estudo confirma a aplicabilidade da Teoria e sua efetividade, mesmo não havendo código regulatório e disciplinador. A pesquisa foi guiada por uma análise jurisprudencial (abordagem indutiva e procedimentos bibliográfico e documental – método fenomenológico-jurídico), que serviu à apresentação de um retrato no âmbito do STJ que torna possível a aplicação da Teoria no Brasil, estando alimentada uma perspectiva de uniformização da matéria pelo guardião das leis infraconstitucionais.

Palavras-chave: Chance perdida. Prestação Jurisdicional. Eficiência. Uniformização.

Abstract: The scientific writing proposes to investigate the Theory of Loss of a Chance, a legal phenomenon present in the judicial provision of the Superior Court of Justice (STJ). Transcending the decisions of European courts comes to the appearance of the missed chance as a generator of a fourth-class indemnity quantum, a jurisprudential product of the Supreme Court. Investigating the object in the Brazilian civil procedural field, the present study confirms the applicability of theory and its effectiveness, even though there is no regulatory and disciplinary code. The research was guided by a jurisprudential analysis (inductive approach and bibliographic and documentary procedures – phenomenological-legal method), which served the presentation of a portrait within the scope of the Supreme Court that makes possible the application of theory in Brazil, a view of uniformity of matter is fuelled by the guardian of infraconstitutional laws.

Keywords: Missed chance. Judicial Provision. Efficiency. Standardization.

Introdução

A Teoria da Perda de Uma Chance como uma nova modalidade de dano de cunho subjetivo que está sendo aplicada nos tribunais brasileiros a partir do caso do 'Show do Milhão', julgado em 08 de novembro de 2005, sob o relatório do Ministro Relator Dr. Fernando Gonçalves, divide a jurisprudência acerca da efetividade de

¹ Bacharelada (10º período) do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis – Unievangelica. E-mail: marirezender@hotmail.com

² Prof. do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis – Unievangelica. Doutorando Ciências da Religião (PUCGO), e-mail: profms.eumarjunior@gmail.com

sua adoção, tendo em vista a dificuldade de aferimento da real condição do lesado de concorrer à situação futura esperada (seriedade e probabilidade da chance), bem como da aplicação do *quantum* indenizatório pela sua perda.

O Poder Judiciário Brasileiro se vê na premissa de aplicar ou não a Teoria dentre critérios reais dependentes da circunstância e do contexto. O fato da insegurança jurídica frente a probabilidade de aplicação da Teoria, justifica o presente estudo, uma vez que, servirá de meio à explicação do sistema teórico da Chance Perdida, como das vertentes doutrinárias que defendem sua inscrição definitiva nos Tribunais Brasileiros.

Nessa seara jurídica, o presente trabalho tem o escopo de analisar a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance no Superior Tribunal de Justiça, nos últimos 13 anos. O tema abordado surgiu na França, no ano de 1889 e alcançou aparição significativa no Brasil, no ano de 2005. A partir de então, a chance perdida vem sendo tratada como uma nova modalidade autônoma de dano, que enseja indenização.

Ao longo do trabalho é abordada a origem da Teoria e sua aplicação nos julgados internacionais. Serão apresentadas as teorias criadas para explicar a natureza jurídica da chance perdida e aplicar o instituto ao caso concreto. Em seguida, a partir da perspectiva internacional, foi estudado e apresentado as principais repercussões da Teoria no direito brasileiro, o julgado de maior destaque e como foi utilizada.

Feitas as considerações teóricas, o estudo analisa de forma intrínseca e extrínseca o Recurso Especial 788.459/BA, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005, cujo acórdão foi o primeiro no Brasil a abordar de fato a referida Teoria, bem como a tecer explicações acerca da chance perdida como modalidade de dano a ser indenizado. Após, em análise foram colocados e apresentados outros julgados proferidos pelo STJ, com o fito de verificar a efetividade da aplicação da Teoria pelo Tribunal Superior brasileiro.

Tendo em vista que o instituto ainda é uma Teoria, fica evidente que trata-se de uma novidade no direito brasileiro, o que despertou o meu interesse em produzir o estudo em questão. Nessa corrente, como objetivo fim do presente escrito, é atestada a excelência na prestação jurisdicional do STJ que inaugurou a

matéria teórica no ano de 2005 e está prestes a uniformizá-la, pois mesmo não havendo códex regulador específico no campo jurídico, será um produto de ativismo.

Metodologicamente construído (abordagem indutiva e procedimentos bibliográfico e documental – método fenomenológico-jurídico), o estudo aponta resultados que confirmam ser a Teoria da Perda de Uma Chance do ponto de vista do STJ, desde o acórdão que aplicou a Teoria a uma situação real, em 2005, até os posteriores treze anos, um produto de eficiência da prestação jurisdicional brasileira, guiada nos últimos trinta anos por ilustres ministros abastecidos de carga máxima de sabedoria em prol da excelência dos serviços judiciais no Brasil. O trabalho marca que já há porta aberta para uma possível uniformização da matéria.

Teoria da Perda de Uma Chance

A Teoria denominada originariamente '*perte d'une chance*' emergiu na França no final do século XIX. Explicou Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Everton Willian Pona quando da defesa de uma dissertação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no ano de 2014 que, em que pese a dificuldade em apontar com precisão o nascimento da ideia, é possível dizer que a primeira aparição significativa da Teoria ocorreu na data de 17 de julho de 1889.

Na época, o caso foi apreciado pela 'Chambre de Requêtes' (Câmara de Petições na antiga divisão da Corte de Cassação), conforme menciona Glenda Gonçalves Gondim na defesa de sua Dissertação, no ano de 2010, perante a Universidade Federal do Paraná.

Tratou-se de um julgado enfrentado pela Corte de Cassação Francesa envolvendo um oficial ministerial que, por culpa, impediu o prosseguimento de um processo e, portanto, configurou-se a necessidade de indenizar a parte pela perda da chance de ganhar a ação. Portanto, tem-se que a Teoria surge como uma espécie de dano ao longo do processo, que merece ser reparado, diferentemente do dano final que é atingido apenas em alguns casos.

Se o processo que levaria a vítima a aferir um benefício é interrompido por intervenção de terceiro, esta interrupção deverá ser indenizada, pois a parte perdeu a chance de alcançar algum benefício com o deslinde desse processo ou

não conseguiu evitar um prejuízo pela mesma razão. Como bem cita o autor Rafael Peteffi da Silva (2013), é como ocorre com o bilhete de loteria roubado antes do resultado do sorteio, vez que a vítima não tem a oportunidade de saber se o bilhete que possuía estava ou não premiado e, caso estivesse, perdeu a chance de ganhar uma soma de dinheiro.

Das teorias tradicionais que explicam a utilização da Teoria da Perda de Uma Chance, a primeira refere-se à equivalência das condições, isto é, várias causas independentes inicialmente, levam ao dano final e, por isso, imputa-se ao agente mais remoto uma responsabilidade que ele, muitas vezes, não faz jus. Essa teoria, embora não mais exerça tanta influência, ainda é aplicada na doutrina francesa (SILVA, 2013).

A teoria da causalidade adequada, que desponta logo em seguida através dos precursores alemães Von Kries e Rumelin, propõe a análise da causa com maior probabilidade de ter gerado o dano, independentemente se esta foi a mais remota ou a mais recente. Logo, o agente que teve a melhor oportunidade de evitar o dano, ou aquele que provocou a causa mais propensa a gerar o prejuízo, é o que deve ser responsabilizado (SILVA, 2013).

Posteriormente, a Teoria da Perda de Uma Chance encontrou aplicação nos países que adotam o sistema da *common law* (países cujo ordenamento jurídico é orientado principalmente pelas decisões judiciais), mais especificadamente no ano de 1911, na Inglaterra, no caso conhecido como Chaplin v. Hicks, em que a autora que era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza fora impedida pelo réu de participar da fase final do concurso que consistia em uma apresentação perante o júri. O magistrado ao julgar o caso, aplicou o instituto da Perda de Uma Chance levando em consideração a probabilidade de chances que a vítima possuía de ganhar o concurso (AMARAL; PONA, 2014).

A Teoria ganhou forças na década de 1960, sendo muito utilizada no cenário médico, vez que socorria as situações em que o julgador se encontrava em dificuldade de estabelecer nexos causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Não era possível precisar esses dois elementos, mas havia a certeza de que o ofendido deveria ser indenizado (COSTA, 2010).

Mais tarde, conquistou espaço na jurisprudência de toda a Europa, ante à necessidade de discutir a indenização quando da reparação civil, nos casos em que se almejava recompensar de forma pecuniária a perda da chance de obter um ganho ou evitar um prejuízo. Apesar disso, nenhum dos países citados elaborou leis escritas para servirem como manuais de uso. Isto posto, denota-se que os julgados internacionais figuraram e ainda estão colocados como guia para as situações em que se discute o cabimento da Teoria da Perda de Uma Chance (COSTA, 2010).

Fenômeno Jurídico – Aparição e Aplicabilidade no Brasil

Lançada por julgados franceses e após ter varrido parte da Europa, a Teoria foi recepcionada pela jurisprudência brasileira, já em meados do ano de 1990, quando desembarcou no cenário jurídico brasileiro. Os Tribunais que reconheceram sua aplicação, consideraram à época que houve uma ampliação do rol das situações indenizáveis usuais e previstas no Código Civil Brasileiro, vistos em aplicabilidade da Lei 3701 pensada por Augusto Teixeira de Freitas. Foi pensado, que como acontece com os danos morais, a indenização pela perda de uma chance considera, desde o início, requisitos de cunho subjetivo, hipóteses que configurem o prejuízo sofrido pelo ofendido após a perda de uma chance séria e real (AMARAL; PONA, 2014).

As noções de reparação pela Perda de Uma Chance emergiram de forma maximizada na década de 1990, com o acórdão proferido pelo então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No referido julgado, o magistrado conferiu indenização à requerente que havia sido submetida a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro e, por erro médico, adquiriu hipermetropia em grau dois, bem como cicatrizes na córnea que lhe acarretaram névoa no olho operado. Entretanto, como o Tribunal concluiu que havia nexos causal entre a conduta do médico e o dano final provocado, afastou-se a aplicabilidade de reparação pela Perda de Uma Chance.

Um ano depois, em 1991, o mesmo desembargador julgou devida a indenização pela Perda de Uma Chance a uma parte que, por negligência de seu

advogado, perdeu a oportunidade de ter seu direito apreciado pelo Tribunal de Justiça competente. O causídico, apesar de saber do extravio dos autos do processo de sua cliente, agiu com negligência ao não informá-la ou providenciar a restauração dos mesmos, ocasionando à vítima a perda da chance de reapreciação de seu processo em segunda instância (COSTA, 2010).

Portanto, esses dois julgados que, segundo posição majoritária na doutrina, inauguraram a menção à Teoria da Perda de Uma Chance no Brasil, foram responsáveis por gerar precedentes que possibilitaram a aplicação da referida Teoria pelos diversos tribunais ao redor do país, chegando até o Superior Tribunal de Justiça, ao qual incumbe uniformizar a jurisprudência pátria.

Assim, apesar de não haver codificação regulamentadora da Teoria da Perda de Uma Chance, a jurisprudência pátria fixou os parâmetros mencionados acima com o objetivo de ‘peneirar’ as possíveis situações de reparação pela chance perdida. E, após simples consulta aos sítios de pesquisa jurisprudencial disponíveis na internet, denota-se que, apesar do crescimento significativo da aplicação da Teoria em comento para conferir indenização às vítimas, ainda há alguns acórdãos que negam sua aplicação e, logo, sua aceitação até o presente momento não é unânime.

Todavia, vale ressaltar que apesar de ser datado o ano de 1990, a primeira aparição, mesmo de forma singela, ocorreu na discussão do dano direto e imediato adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em alguns julgados e, inclusive, foi codificada no artigo 403 do Código Civil de 2002, a qual estabelece que uma causa pode ser considerada direta e imediata se, sem ela, o dano não ocorrer. Portanto, identificada essa causa, o agente que a provocou é o que será responsabilizado. Um marco importante, mesmo antes do julgamento do REsp de 2005, uma vez que foi plantada uma semente jurisprudência ativista para tão logo se firmar uma posição no Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileira, guardião das Leis Infraconstitucionais.

Para Cavarieri Filho (2018) a proposta, somando as posições do STF e do STJ é de que a responsabilidade civil do ofensor, comprovados a conduta lesiva, o nexo causal e o efetivo dano, já se faz fundamento de indenização, para ser aplicada a teoria no sistema jurídico brasileiro.

Nessa conjuntura, no Brasil passou a ser adotada a indenização pela Perda de Uma Chance, inaugurada de forma mais efetiva no ano de 2005 com o julgado conhecido como 'Show do Milhão'. A partir desse caso constata-se que para parcela majoritária da doutrina brasileira, a Perda de Uma Chance é aplicada como um dano autônomo.

A Perda de Uma Chance como um Dano Autônomo

A Teoria da Perda de Uma Chance e a efetividade de se aplicar *quantum* indenizatório a partir da oportunidade perdida começou a ser vislumbrada como uma chance que a vítima possuía de obter vantagem ou evitar prejuízo que, no entanto, foi retirada por interferência de terceiro. Do passo dado, surgiu o agente causador do dano e a obrigação de reparar a lesão provocada (CAVALIERI FILHO, 2018).

A partir da análise da definição de dano, na mesma linha Caio Mário da Silva (2018) explica que, como elemento da responsabilidade civil, aquele há de ser certo e atual para dar ensejo a uma indenização. Todavia, na chance perdida não busca-se indenizar a vítima pelo resultado final danoso e, sim, pela perda de uma oportunidade, isto é, probabilidade de alcançar um resultado positivo ou impedir um negativo.

Logo, tem-se a primeira diferença entre o dano emergente, isto é, o prejuízo efetivamente suportado pela vítima e passível de constatação logo após a conduta lesiva; o lucro cessante, que é o prejuízo futuro e justificado, ou seja, aquilo que a vítima comprovadamente deixou de ganhar após o evento danoso e, por fim, a Perda de Uma Chance, na qual a perda da probabilidade séria e real de obter um ganho ou obstar um dano, enseja a reparação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

À vista disso, por ser a chance perdida a perda da probabilidade de alcançar uma vantagem e não, a perda da própria vantagem, fica evidente o grande obstáculo da aplicação da referida Teoria, qual seja, a dificuldade em verificar o nexo causal entre o fato imputado ao agente e o possível dano final que, por sua vez, é incerto e não chegou a ocorrer (CAVALIERI FILHO, 2018).

Então, infere-se que a responsabilidade civil pela Perda de Uma Chance não deve ser aferida pelos critérios gerais, isto é, conduta, nexo causal e dano, sendo devida a utilização de critérios específicos a fim de evitar, nas palavras de Cavalieri Filho (2018), a ‘premiação de oportunismos’ ou, em outras palavras, a reparação de danos meramente hipotéticos e eventuais. Esses critérios específicos são: a seriedade e a realidade da chance perdida.

Considera Pereira (2018) que deve haver a probabilidade da chance ser realizada e a certeza de que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. No mesmo sentido, Flávio Tartuce (2018) sustenta que dentro da lógica do razoável, a perda dessa oportunidade só poderia ser indenizada caso restasse comprovado que a expectativa frustrada da vítima ocorreria se a situação seguisse seu curso normal.

No diapasão Silva (2013) esclarece que para se reconhecer a autonomia pretendida pela perda das chances é necessário que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, que o dano final não ocorra, pois caso seja efetivado, a vítima será indenizada pelo resultado em si.

A parti da visão doutrinária, a Perda de Uma Chance é aplicada como um dano autônomo quando não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final, sendo que na maioria das vezes este sequer chega a ocorrer.

Nessa espécie de dano, o agente responde não pelo suposto dano final, mas apenas pela perda da chance que sua conduta gerou à vítima, privando-a de obter um resultado mais vantajoso ou de evitar um prejuízo com o curso normal dos acontecimentos (TARTUCE, 2018).

Exemplificando, a Teoria esteve presa no posicionamento da ministra Nancy Andrigli (2012) exposto no REsp nº 1.254.141, em que considera a Perda de Uma Chance como um dano autônomo. Nas palavras da ministra (2012, *online*) [...] “a Perda de Uma Chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final”.

Em síntese, no entendimento da ministra, o maior debate hoje na doutrina e jurisprudência brasileiras em relação à reparação pela chance perdida, com influência do entendimento francês, é a respeito da existência ou não de diferenças entre hipóteses de Perda da Chance clássicas e a Perda da Chance na seara

médica. Essa distinção influi diretamente na aceitação da chance perdida como uma espécie autônoma de dano (LENHARDT, 2016).

Na concepção clássica, há a certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Já na seara médica, a extensão do dano geralmente já é definida, restando a incerteza quanto ao nexo causal entre esse dano e a conduta do réu (LENHARDT, 2016).

Em explanações da ministra, afirma que apesar de alguns doutrinadores manifestarem entendimento contrário, como por exemplo, Silva (2013), não deve ser considerada a ideia de atuação da Perda de Uma Chance no campo da causalidade parcial, como causa concorrente à ocorrência do resultado danoso final, conforme ocorre na seara médica, mas sim, deve-se utilizar a teoria clássica que entende a chance perdida como um dano autônomo.

Em sendo recepcionada a teoria, e dentre as opiniões apresentadas, a jurisprudência majoritária no Brasil, afirma que a chance perdida deve ser encarada como uma espécie autônoma de dano, e cada situação que pede sua aplicação serão individualizadas no momento de quantificar a indenização devida, que não pode ser superior ao dano final eventualmente suportado ou que efetivamente ocorre.

Relato do Experimento Inaugural – Caso ‘Show do Milhão’ - Resp 788.459/Ba

Como mencionada em linhas pretéritas, em 2005 fruto de uma ação de indenização bateu à porta do Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial de nº 788.459 oriundo do jurisdição do Estado da Bahia. Conhecido como o caso do ‘Show do Milhão’, foi o julgado mais expressivo que versou sobre a Teoria. A questão começou a ser discutida em razão de uma ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, perante a 1ª Vara Especializada da Defesa do Consumidor de Salvador – Bahia, contra BF Utilidades Domésticas LTDA, empresa do grupo econômico ‘Sílvia Santos’.

No dia 15 de junho de 2000, Ana Lúcia participou do programa ‘Show do Milhão’, que era um concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo

perfazia o montante de 1 milhão em barras de ouro, a ser pago ao participante que chegasse à última etapa do programa e respondesse à pergunta final, conhecida como ‘pergunta do milhão’ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

A participante ultrapassou todas as fases até chegar à etapa final acumulando uma quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Após ser apresentada a última questão, Ana Lúcia podia escolher entre não responder a última pergunta e ir embora do programa com a importância já alcançada, ou responder à pergunta, sendo que, optando por esse caminho, a participante poderia ganhar 1 milhão em barras de ouro caso respondesse acertadamente ou levar para casa apenas R\$ 300,00 (trezentos reais) se errasse a resposta (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

À vista disso, observando o relatório do julgado do STJ, a participante decidiu parar na etapa em que se encontrava, escolhendo os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Posteriormente, verificando que a pergunta final havia sido mal formulada, pois não possuía nenhuma resposta correta, a participante decidiu ingressar em juízo pleiteando reparação pelos danos materiais correspondentes a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que deixou de ganhar (lucros cessantes) e danos morais em razão da frustração de sonho acalentado por tanto tempo (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

Na tese inicial, a participante alega que as alternativas da pergunta – a Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? – foram inadequadamente formuladas, pois não possuíam previsão na Constituição Federal de 1988, como afirmava o programa televisivo. A Carta Magna não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios. Portanto, configurava-se a verdadeira má-fé do programa (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

No acórdão, o pedido foi acolhido quanto ao dano material em primeira instância, sob o fundamento de que a pergunta nos termos formulados não tinha resposta. Assim, a empresa ré foi condenada ao pagamento do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) com acréscimos de juros legais, contados do ato lesivo, e honorários advocatícios no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

A empresa ré interpôs Apelação e tal recurso teve seu provimento negado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2004). Irresignada, no Recurso Especial interposto pela empresa, esta alegava que não poderia ser condenada no valor relativo ao prêmio máximo, uma vez que a participante fez opção por não responder à última pergunta, não ocorrendo, em consequência, qualquer dano apto a justificar o ressarcimento a título de lucros cessantes (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

Aduziu ainda que, mesmo na hipótese de questionamento suscetível de resposta adequada, a participante teria apenas simples possibilidade de êxito, devendo a ação ser julgada improcedente ou reduzido o valor da indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) que melhor traduz a perda da oportunidade que seria de 25% (vinte e cinco por cento) de acerto, ou seja, $\frac{1}{4}$ vez que a pergunta possuía quatro alternativas (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

O primeiro Recurso Especial interposto pela empresa não foi admitido e, portanto, a mesma agravou nos termos do artigo 544 do Código de Processo Civil de 1973. Aqui vale ressaltar que à época não estava vigente a Lei 13.105/2015. Esse recurso de agravo, à luz do §3º do referido artigo, foi convertido no Recurso Especial nº 788.459, o qual subiu ao Superior Tribunal de Justiça para ser julgado pela Quarta Turma (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

Em análise aos autos, o Superior Tribunal de Justiça (2005) decidiu no sentido de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, ou seja, se a pergunta formulada tivesse resposta correta a participante teria sérias chances de obter êxito em alcançar o prêmio máximo, considerando o desempenho brilhante que obteve em todas as outras etapas do programa.

No entanto, o referido Tribunal Superior considerou que Ana Lúcia possuía apenas a chance, ou seja, não era garantido que acertaria a última pergunta, caso essa realmente possuísse gabarito correto, vez que devem ser ponderados o fator emocional que inevitavelmente pesa ante à indagação final, bem como a dificuldade progressiva do programa, visto que diversos participantes já haviam errado a ‘pergunta do milhão’ ou deixado de respondê-la.

Logo, afirmou a Quarta Turma que faltou pressuposto essencial (certeza de que a participante responderia corretamente o questionamento) para a condenação da empresa recorrente ao pagamento da integralidade do valor que a recorrida ganharia caso obtivesse êxito na pergunta final. Assim, reconheceu a perda da oportunidade pela participante e, não, lucros cessantes como foi pleiteado pela parte (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

O *quantum* fixado no acórdão do REsp 788.459/BA foi de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), em desfavor da recorrente (empresa ré), equivalente a um quarto do valor da questão que, nos termos do programa televisivo, valia R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por ser uma ‘probabilidade matemática’ de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens.

Posicionamentos Complementares (Superior Tribunal de Justiça)

Utilizando-se os vocábulos ‘perda’ e ‘chance’, para realizar uma pesquisa jurisprudencial no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, são apontados, em 07/05/2019, 89 acórdãos que fazem menção à Teoria da Perda de Uma Chance. Analisando-se, entretanto, o inteiro teor das decisões, verifica-se que poucas são aquelas que concederam a indenização pela chance perdida e quantificaram o dano (BRASIL, 2019).

Após o caso mais antigo, o já mencionado REsp 788.459/BA, julgado em 08/11/2005, o Tribunal Superior em decisões mais recentes, como ocorreu no REsp 1.708.293/RS, decidiu pela não aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, em uma ação de indenização movida contra a União por um militar sob o fundamento de que havia perdido a chance de ser reformado, por culpa exclusiva da Defensoria Pública da União, que não apresentou o recurso competente contra sentença de improcedência proferida nos autos da ação em que pleiteava a reforma do autor, acometido de visão monocular.

A ementa do Recurso Especial discorre que o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a parte autora não comprovou a certeza da probabilidade, tampouco o prejuízo oriundo da conduta imputada à ré (ausência de recurso em ação judicial). Assim, em 25/05/2018, afastou a aplicação da Teoria (BRASIL, 2018).

Há também, no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, julgados que reconhecem em parte o direito ao ressarcimento pela Perda de Uma Chance. Como exemplo, cumpre mencionar o julgamento do REsp 1.540.153/RS, em 06/06/2018, caso em que o autor pleiteava indenização por parte do Banco réu, por este ter vendido ações do promovente, sem sua autorização, sob o fundamento de que serviam de garantia a um empréstimo concedido para a aquisição de parte delas, que, contudo, não restou minimamente comprovado.

Assim, em que pese ter restado demonstrada a falha da ré na prestação de serviços, o acórdão proferido pelo TJRS deferiu parcialmente o pedido do autor, sob o fundamento de que ele apenas conseguiu comprovar a probabilidade de lucro em relação às ações da Telebrás, não logrando êxito em demonstrar que a venda não autorizada das demais ações o teria privado de negociá-las, no futuro, por preço melhor. Deste modo, em sede de recurso especial, o STJ negou provimento ao mesmo, mantendo a decisão do TJRS (BRASIL, 2018).

Em outro sentido, há julgados nos quais o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance no todo, como é o caso do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.213.438/SP, julgado em 24/04/2018. No acórdão, o STJ manteve a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, por sua vez, havia reconhecido a chance perdida pela parte autora.

No caso, por negligência dos próprios advogados do autor ao não incluir a empregadora “Fazenda Reunidas Boi Gordo S/A” no polo passivo da demanda trabalhista, aquele perdeu a chance de ter reconhecidos seus direitos trabalhistas. Isto porque, em que pese ter sido decretada a falência da dita sociedade empresária, se a massa falida figurasse no polo passivo da demanda, o autor poderia promover a habilitação no procedimento falimentar para receber as verbas que lhe eram de direito.

Portanto, considerando casos análogos, o STJ concluiu que o autor havia perdido a oportunidade de ganhar o importe estipulado em 15% (quinze por cento) das verbas pleiteadas, o que perfazia o montante de R\$ 37.939,00 (trinta e sete mil, novecentos e trinta e nove reais), e os requeridos foram condenados, na proporção

de 50% (cinquenta por cento) cada um, ao pagamento de indenização ao autor, através da aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance (BRASIL, 2018).

Vale destacar também, o REsp 1.291.247/RJ, julgado em 19/08/2014 que, utilizando a Teoria da Perda de Uma Chance, deferiu a reparação por dano extrapatrimonial (moral) a um recém-nascido, em uma demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

À vista disso, o Superior Tribunal de Justiça condenou a empresa ré a pagar à criança, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a título de indenização por danos morais, vez que esta teve frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se fosse preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde (BRASIL, 2014).

Diante do exposto, considerando que no ano de 2014, segundo os estudiosos Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Everton Willian Pona, havia um total de 41 acórdãos que tratavam da Teoria da Perda de Uma Chance, denota-se que no presente ano (2019), este número dobrou, aumentando de forma significativa a menção à Teoria no Tribunal Superior, mas ainda não foi capaz de gerar entendimento consolidado pelo STJ, que em seus julgados exterioriza a existência de divergência acerca da aplicação da indenização pela chance perdida.

Considerações finais

As disposições acerca deste tema inovador, trabalhados nesse estudo científico, apontam para a efetividade da aplicação de uma Teoria da Perda de uma Chance, que traz consigo um novo tipo de dano passível de indenização. Entende-se a partir do contexto que tal dano é aquele causado ao longo de um período, em que a parte interessada perdeu a chance de obter vantagem ou evitar prejuízo, em decorrência da ação ou omissão de terceiro.

A Teoria da Perda de Uma Chance possibilita a indenização de ‘vítimas da chance perdida’, é um fenômeno jurídico em aparição e manutenção na prestação jurisdicional do STJ.

Os resultados após investigação apresentam que a indenização pela chance perdida representa um avanço benéfico no campo sócio jurídico brasileiro pois amplia as possibilidades de satisfação do direito da vítima e proteção da dignidade da pessoa humana. Se não fosse a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance nos casos em que a parte não consegue provar o dano final, mas de alguma maneira teve um direito violado por culpa de outrem, o direito da vítima se perderia no tempo.

Sob uma visão da segurança jurídica, denota-se que a referida Teoria propicia mais as lides temerárias, ou seja, a parte requerente possui mais um argumento para embasar sua pretensão e provocar o poder judiciário, muitas vezes de maneira infundada, com caráter meramente aventureiro e protelatório. À vista disso, o filtro utilizado pelo judiciário tem levado em consideração justamente a vedação à reparação de danos eventuais e descabidos.

Assim, apesar da função do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a jurisprudência, verifica-se que até o presente momento foram poucas as ações que subiram para manifestação do referido Tribunal, suscitando a questão da indenização pela chance perdida. Isto se deve ao fato de que a Teoria em comento ainda é pouco discutida e aprimorada no país, não passando de uma ‘Teoria’.

Colabora com essa limitação da jurisprudência e da doutrina, o fato de que desde o princípio, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da ‘*civil law*’, isto é, a lei é fonte primária do Direito e o juiz é um mero intérprete e aplicador da lei. Logo, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, as decisões jurisprudenciais não recebiam destaque, pois eram o simples cumprimento fiel da lei e, assim, não poderiam inovar em seus fundamentos, suscitando Teorias e outros entendimentos jurisprudenciais.

Portanto, a partir do presente estudo, observa-se que a Teoria em comento não é aplicada no Brasil com mesma eficácia dos países estrangeiros, onde a chance perdida é mais discutida e utilizada, possuindo, portanto, maior

bagagem teórica e prática, tanto para a definição do dano, quanto para a sua valoração.

Entretanto, após a entrada em vigor do referido *códex*, que conferiu maior possibilidade ao juiz de interpretar a lei de modo diverso em cada caso concreto, desde que fundamentadamente, verifica-se que a Teoria da Perda de Uma Chance, formada através de entendimentos jurisprudenciais nos países europeus, está alcançando cada vez mais espaço no direito brasileiro, e a tendência é que sua aplicação cresça e seja mais abordada nos próximos anos, na doutrina e jurisprudência pátrias, a fim de culminar em aplicação consolidada no direito brasileiro.

O presente trabalho abre portas na jurisprudência brasileira para a adoção da chance perdida como uma modalidade de dano passível de reparação. O fato é confirmado pela chamada nos últimos 13 (treze) anos de 89 (oitenta e nove) julgados prestados em excelência no Superior Tribunal de Justiça.

Do realismo, do ativismo e do numerário, para os que pensam que a quantidade de julgados é inexpressiva, sustenta-se nesse trabalho que tal fato deve-se à limitada discussão sobre o tema, que necessita de análises técnicas e formais para se adequar às necessidades do cenário jurídico brasileiro.

Em contribuição a academia jurídica desse país, é apontado que a Teoria tem sido utilizada de forma eficaz no Brasil, sendo um produto de excelência incubado e gerido no Superior Tribunal de Justiça.

Referências

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - os (des)caminhos de uma compreensão teórica**. Revista *Scientia Iuris*. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/marir/Downloads/20060-87975-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 out. 2018.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- COSTA, Fabiana Lima. **Responsabilidade civil – Teoria da perda de uma chance**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/fabianacosta.pdf. Acesso em: 23 out. 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance. Universidade Federal do Paraná. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.
- LEITÃO, António Pedro Santos. **Da perda de chance – Problemática do Enquadramento Dogmático**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/40891/1/Tese%20-%20Perda%20de%20Chance1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.
- LENHARDT, Augusto. **A Teoria da Perda de Uma Chance na aplicabilidade dos Tribunais brasileiros**: possibilidades e tendências. 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016augustolenhardt.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.254.141**. Relatora: Ministro Nancy Andrighi. Julgado em 04 dez. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 julh. 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AResp nº 1.213.438/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24/04/2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 julh. 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.708.293/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 25/05/2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 julh. 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.540.153/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 06/06/2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07 nov. 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.291.247/RJ**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19/08/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07 nov. 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 788.459/BA**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08/11/2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 jun. 2018.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13ª ed.. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.